

Sentencia T-275/10

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS-Procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertirlos

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PRESTACIONES SOCIALES-Procede excepcionalmente cuando se prueba de manera sumaria la configuración de un perjuicio irremediable a causa del no pago

DERECHO AL REGIMEN DE TRANSICION EN MATERIA PENSIONAL-Desarrollo legal de normativa aplicable

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN LA INTERPRETACION DE NORMAS LABORALES-En caso de duda se hace imperativo que el funcionario judicial apoye la decisión más benéfica para el trabajador/PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD-Elementos constitutivos

TIEMPO DE PRESTACION DE SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO-Debe computarse como tiempo de servicio válido para trámite de pensión de jubilación

Referencia: expediente T-2.269.579

Acción de Tutela instaurada por Félix Segundo Navarro Villanueva, contra el Fondo de Prestaciones Económicas Cesantías y Pensiones FONCEP.

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., diecinueve (19) de abril de dos mil diez (2010)

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside- Humberto Antonio Sierra Porto y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En la revisión del fallo de tutela en segunda instancia adoptado por el Juzgado Dieciocho Civil del Circuito de Bogotá, fechado el 10 de marzo de 2009, mediante el cual revoca el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Veintiuno Civil Municipal de Bogotá, quien concedió el amparo solicitado por el señor Félix Segundo Navarro Villanueva.

1. ANTECEDENTES

1. SOLICITUD

El señor Félix Segundo Navarro Villanueva a través de apoderado, solicita que le tutelen los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital, al debido proceso y a la favorabilidad en materia laboral, a la vida digna y a la igualdad, vulnerados por el FONCEP, con el fin de evitar un perjuicio irremediable, ordenando a la entidad accionada se reconozca y pague la pensión de jubilación, así mismo, el tiempo de servicio hábil y válido para acceder a ella, y por último, el tiempo prestado a la Nación en cumplimiento del servicio militar obligatorio.

1. HECHOS Y ARGUMENTOS DE DERECHO

En el caso de la referencia los hechos y pretensiones se pueden relacionar de la siguiente manera:

1. Sostiene el apoderado que el señor Félix Navarro cuenta con 60 años de edad, quien prestó el servicio militar obligatorio como soldado bachiller desde el 15 de enero al 30 de junio de 1969, como lo certifica el Ministerio de Defensa.

1. El señor Félix Segundo Navarro, laboró en las siguientes entidades, según certificaciones

que se anexan:

ENTIDAD

TIEMPO

DIAS

Ministerio de Defensa Nacional (Servicio Militar Obligatorio)

15-01-69 a 30-06-69

167

20-10-69 a 31-12-69

73

Instituto de Desarrollo Urbano

01-04-75 a 08-05-94

6.878

ISS

210

Total Cotizado

7.328

1. Sostiene, que solicitó su pensión al FONCEP, quien la negó con Resolución 897 del 13 de

junio de 2008, argumentando que los tiempos servidos en el servicio militar obligatorio al Ministerio de Defensa y al INDERENA, no se computan para la pensión de jubilación, por cuanto tales entidades no hicieron aportes a la Caja de Previsión Social.

1. La Resolución 1133 del 28 de julio de 2008, resolvió el recurso de reposición presentado por el accionante, que confirmó la anterior decisión en el siguiente sentido: "...no es procedente acceder a su solicitud de reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes en los términos de la ley 71 de 1988, ni la pensión de vejez de acuerdo a la ley 100 de 1993, pues se insiste, en la primera no cumple con el requisito de cotizaciones para pensión y en la segunda carecemos de competencia para resolver."

1. Agrega el apoderado que el accionante encuentra afectado su derecho a una vida digna, pues carece de empleo e ingreso. Agrega que por su avanzada edad no consigue empleo y corre el riesgo de perder su vivienda, que está embargada; esto, con el agravante de no contar con servicio de salud.

El Juzgado Veintiuno Civil Municipal de Bogotá, admitió la solicitud de tutela el día 21 de enero de 2009, y requirió a la entidad accionada, para que se pronunciara sobre los hechos motivos de la demanda de tutela.

1. CONTESTACIÓN DE LA ENTIDAD ACCIONADA

La Jefe de Oficina Asesora Jurídica del FONCEP, solicitó ordenar la cesación de la tutela, toda vez que no se le han vulnerado los derechos fundamentales que el accionante denunció como infringidos. Al respecto manifestó lo siguiente:

"No obstante haber acreditado 7327 días para pensión, no puede tomarse en cuenta la totalidad de los mismos para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes (ley 71 de 1988) sino únicamente los del Instituto de Desarrollo Urbano y el Seguro Social para un total de 7098 días, tiempo que no le alcanza para acceder al derecho

pensional, en esos términos. (...) la Ley que permite acumular tiempos aportados a una caja, al Instituto de Seguro Social y los de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, en este caso el tiempo laborado al servicio del Ministerio de Defensa y el de INDERENA, es la Ley 100 de 1993, por tanto, esta entidad perdería la competencia para dicho reconocimiento y le correspondería al Seguro Social estudiar la solicitud, por lo que con oficio 2008 EE12035 del 3 de septiembre de 2008, la Gerencia de Pensiones del FONCEP, remitió los antecedentes administrativos a dicho instituto para que estudie el reconocimiento y pago de la pensión de vejez en los términos del artículo 34 de la ley 100 de 1993.”

1. DECISIONES JUDICIALES

El Juzgado Veintiuno Civil Municipal de Bogotá, en fallo del 2 de febrero de 2009, concedió el amparo solicitado por el apoderado del señor Félix Segundo Navarro Villanueva.

1. Consideraciones de la primera instancia.

El Juez de Tutela, dentro del análisis que hace de los hechos precisó:

“De lo anotado se tiene que el amparo recavado (sic) por el accionante, debe concederse, pues está plenamente acreditado que se cumplieron a cabalidad los requisitos exigidos por la Ley para el reconocimiento de la pensión del tutelante, independientemente de los trámites que tenga que realizar el FONCEP, pues, no considera el despacho que sea del resorte del accionante el obtener el cobro de los emolumentos que se deban recaudar de los aportes de las fechas precitadas, pues, el que las entidades gubernamentales no hayan acreditado el pago de dichos aportes, o, que como lo expresa la apoderada judicial del Ministerio de Ambiente “... Para tal efecto, ni los empleados efectuaban aportes, ni cotizaciones al régimen pensional alguno, ni el INDERENA recaudaba aportes de ninguna índole ya que por disposición de su Junta Directiva, tenía asignada la función de pagar las pensiones a sus empleados sin tener la naturaleza jurídica de Caja de Previsión Social...” (folio 62), no puede ser excusa para que FONCEP niegue un derecho que se encuentra debidamente acreditado,

pues dicha entidad, debe agotar los trámites legales pertinentes para obtener esos recaudos, si es del caso. Nótese que el mismo Ministerio del Ambiente, admite que es la entidad FONCEP la que debe hacer las solicitudes de dichos aportes, pues los requisitos exigidos por la ley, no pueden condicionar al trabajador a que agote unos trámites que son del resorte de las entidades del Estado.

Conforme a ello, los derechos a la seguridad social, al mínimo vital y demás invocados por el accionante, deben protegerse por este mecanismo transitorio, pues no se puede olvidar que se trata (sic) una persona de la tercera edad que cuenta con todas las garantías y prerrogativas de un Estado Social de Derecho como lo es el nuestro, y que el obligarse a que agote otras vías, conlleva a afectar su mínimo vital, y sería además imponerle requisitos que no consagra la Ley, pues, el artículo 40 de la Ley 48 de 1993 es clara, y no da lugar a interpretaciones diferentes a las ya anotadas.”

El Juzgado Dieciocho Civil del Circuito de Bogotá, en fallo del 10 de marzo de 2009, revocó el fallo de primera instancia.

1. Consideraciones de la Segunda Instancia.

El Juzgado Dieciocho Civil del Circuito de Bogotá revocó el fallo de instancia, con la siguiente fundamentación:

“... al juez de tutela no le corresponde señalar el contenido de las decisiones que deban tomar las autoridades públicas en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, como la de ordenarle al gestor de la acción de amparo el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, pues no sólo se carece de competencia para ello sino que además no se cuenta con los elementos de juicio indispensables para resolver sobre los derechos por cuyo reconocimiento y efectividad se propende, por ello es que los fallos en materia de tutela no tienen la virtualidad de declarar derechos litigiosos y menos cuando estos se predica su carácter legal.”

1. PRUEBAS DOCUMENTALES

En el trámite de la acción de amparo se aportaron como pruebas:

1. Registro Civil de nacimiento del señor Félix Segundo Navarro Villanueva, en donde consta que nació el 15 de abril de 1948.

1. Copia de la cédula de ciudadanía del señor Félix Segundo Navarro.

1. Certificación laboral y de ingresos del Ministerio de Defensa Nacional, en donde consta que estuvo vinculado desde el 15 de enero al 30 de junio de 1969, en el Ejército Nacional como Soldado; igualmente, consta que no se realizaron aportes durante ese tiempo.

1. Certificación laboral y de ingresos del Ministerio del Medio Ambiente en donde afirma que el señor Navarro laboró desde el día 20 de octubre de 1969 hasta el 31 de diciembre del mismo año, en el INDERENA; igualmente, consta que no se realizaron aportes durante ese tiempo.

1. Certificación laboral y de ingresos del Instituto de Desarrollo Urbano, correspondiente al período laborado por el señor Navarro, desde el 1º de abril de 1975 al 8 de mayo de 1994, en donde consta que aportó Seguridad Social a la Caja de Previsión Social Distrital.

1. Certificaciones de aportes al Instituto de Seguros Sociales ISS, detalladas así:

* del 21 - 01 - 1970 hasta 30 - 05 - 1970, días: 130

* del 28 - 08 - 1985 hasta 29 - 08 - 1985, días: 2

* del 14 - 09 - 1994 hasta 31 - 12 - 1994, días: 109

* TOTAL COTIZADOS: 241

1. Folio de Registro de matrícula inmobiliaria de la vivienda del actor, que da constancia del embargo del mismo inmueble.

1. Recibo emitido por parte de la administración del conjunto residencial El Guali, por concepto de cuotas en mora de administración de la vivienda en donde habita el accionante.

1. Copia de la Resolución 0897 de junio 13 de 2008, por el cual se niega el reconocimiento de pensión de jubilación al señor Félix Segundo Navarro, expedida por el Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones- FONCEP.

1. Copia del recurso de reposición fechado 4 de julio de 2008.

1. Copia de la Resolución No. 1133 de julio 28 de 2008, confirmando la negativa al reconocimiento de pensión.

1. Escrito del Grupo de Talento Humano del Ministerio del Medio Ambiente, fechado 17 de febrero de 2009, en el que le informa a la Coordinadora Grupo de Pensiones de la Secretaria de Hacienda del Distrito, lo siguiente:

“En atención a la solicitud contenida en su oficio No. 2004EE12452 radicada en este Ministerio el 13 de febrero de 2004, de manera atenta le envió la Certificación Laboral de Empleadores No. Consecutivo 1478 para tramites de pensión del afiliado en referencia, asimismo le informo que este Ministerio expidió al afiliado en referencia la Certificación Laboral No. 959 el 11 de febrero de 2003.

Le informo que ni el INDERENA, ni sus empleados efectuaron durante la vinculación laboral, aportes o cotizaciones a ningún sistema pensional, por cuanto el citado Instituto, liquidaba y pagaba directamente las pensiones. Con la entrada en vigencia de la ley 100 de 993, se crea la figura jurídica de carácter económica denominada Cuota Parte Pensional, la cual resulta del cálculo actuarial y su pago lo realizará este Ministerio a la administradora de pensiones correspondiente. (Secretaria de Hacienda)

1. Escrito de la Alcaldía Mayor de Bogotá, Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones, dirigido al accionante, que a la letra dice:

“...Ahora bien en vista que usted no reúne los requisitos que establece la Ley 71 de 1988, como era que las entidades (Ministerio de Defensa e Inderena) hubieran hecho aportes a una Caja de Previsión, su solicitud pensional será remitida por competencia al Seguro Social, por ser esta la última entidad a la cual realizó aportes para pensión, además de ser la administradora de pensiones facultada para dar aplicación a la Ley 100 de 1993, en el sentido de reconocer prestaciones pensionales de conformidad con dicha normatividad; vale decir, 60 años de edad y 1000 semanas de cotización; elementos que exige en su artículo 34 y que reúne el peticionario.

Por lo tanto, se solicitará al Coordinador del Grupo de Gestión Documental, el desglose de los documentos para ser enviados al Seguro Social.”

1. Oficio del 8 de septiembre de 2008, mediante el cual el FONCEP remite al ISS la solicitud No. 2008ER10255/2008010643 de 15 de agosto de 2008, relacionada con el reconocimiento de la pensión del señor Félix Segundo Navarro.

1. Escrito dirigido al Juzgado Veintiuno Civil Municipal por parte del Ministerio de Defensa Nacional, Grupo de Prestaciones Sociales, fechado 27 de enero de 2009, manifestando lo siguiente:

“El Ministerio acepta las cuotas partes pensionales por servicio militar obligatorio en cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 48 de 1993, la cual desarrolla el artículo 216 de la Constitución Política, según la cual: “La fuerza pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y de Policía Nacional. Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades institucionales lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas. La ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo.”

Así las cosas el Ministerio de Defensa acepta las cuotas partes pensionales por servicio militar obligatorio es decir: Soldado Regular, auxiliar de Policía y Campesino, independientemente del régimen pensional aplicable.

No obstante lo anterior, es necesario que la Entidad que va a reconocer la pensión consulte la cuota parte pensional en los términos previstos en la Leyes 33 de 1985, 71 de 1988, 100 de 1993 y 797 de 2003, anexando los documentos soportes tales como proyectos de resolución documentos de identidad, registro civil, historia laboral, ingreso base de liquidación y certificado laborales.

A la fecha y una vez verificada las bases de datos no aparece registrada consulta alguna por concepto de cuota parte a favor del accionante.

En este orden de ideas no es procedente la Acción de Tutela en contra del Ministerio de Defensa Nacional por cuanto para que haya un pronunciamiento debe radicarse por parte de la Entidad que va a reconocer la pensión la consulta de cuota parte pensional y a partir de ese momento el Ministerio cuenta con un término legal de 15 días para resolver sobre el particular, procedimiento que en la actualidad no se ha cumplido.”

1. PRUEBAS SOLICITADAS POR ESTA CORPORACIÓN.

Mediante Auto fechado 13 de agosto de 2009, esta Sala consideró procedente suspender los términos del proceso y vincular al Instituto de Seguro Social, para que expresara lo que estimara conveniente e informara sobre el trámite pensional del señor Félix Segundo Navarro Villanueva, de conformidad con la remisión de la solicitud No. 2008ER10255/2008010643 del 15 de agosto de 2008, que le hizo el FONCEP.

Mediante Auto del 8 de septiembre de 2009, la Secretaría General de esta Corporación, informó que se solicitó al ISS con oficio OPTB-284 del 2 de septiembre del mismo año el trámite en él señalado, para lo cual al término de la etapa probatoria, no se recibió información alguna, por ello esta Sala tiene como cierto los hechos que aquí se presentan.

1. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. COMPETENCIA

Esta Corte es competente, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, y con el Decreto 2591 de 1991, para revisar el presente fallo de tutela.

1. EL PROBLEMA JURÍDICO

Para decidir sobre el caso expuesto, corresponde a la Sala analizar en esta oportunidad, si de acuerdo con los hechos narrados, la entidad demandada vulneró los derechos fundamentales del demandante a la seguridad social y a la vida digna, al no reconocer y pagar la pensión de jubilación al señor Félix Segundo Navarro Villanueva. En caso negativo, determinar el derecho del accionante y la autoridad competente que debe reconocer y pagar dicha pensión.

Así las cosas, para establecer si en efecto se produjo la vulneración de los derechos fundamentales del accionante, esta Sala examinará los siguientes asuntos: i) la procedencia de la acción de tutela para controvertir actos administrativos, y (ii) si procede la misma para

el reconocimiento de prestaciones sociales incluida la pensión; (iii) de la misma manera, se estudiará el régimen de transición en materia pensional, y (iv) el principio de favorabilidad en la interpretación de normas laborales; (v) por último, se analizará el caso concreto.

1. Procedencia de la acción de tutela para controvertir actos administrativos.

La Constitución Política señala en su artículo 86 que la acción de tutela “sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

Se observa claramente que este mecanismo constitucional se caracteriza por ser subsidiario y excepcional. Esto implica que procede cuando no se disponga de otro mecanismo de defensa judicial o, en el evento en que aún existiendo otro medio de protección ordinario, sea necesario decretar el amparo en forma transitoria para evitar que se produzca un perjuicio irremediable, el cual debe estar debidamente acreditado en el proceso respectivo.

Ahora bien, la procedencia de esta acción como mecanismo de protección de los derechos fundamentales que podrían verse vulnerados por la expedición de los actos administrativos, como regla general, no es la forma adecuada para controvertirlos, toda vez que contra ellos proceden los recursos de ley ante la jurisdicción contenciosa administrativa.¹

En la misma providencia señaló además, que la presunción de legalidad encuentra contrapeso en el control de legalidad que realiza la jurisdicción contenciosa administrativa. En ese sentido dijo:

“... Así, la confrontación del acto con el ordenamiento jurídico, a efectos de determinar su correspondencia con éste, tanto por los aspectos formales como por los sustanciales, la ejerce, entre nosotros, el juez contencioso, que como órgano diverso a aquel que profirió el acto, posee la competencia, la imparcialidad y la coerción para analizar la conducta de la administración y resolver con efectos vinculantes sobre la misma. Esta intervención de la jurisdicción, permite apoyar o desvirtuar la presunción de legalidad que sobre el acto administrativo recae, a través de las acciones concebidas para el efecto, que permiten declarar la nulidad del acto y, cuando a ello es procedente, ordenar el restablecimiento del

derecho y el resarcimiento de los daños causados con su expedición.”

De otra parte, la Corte ha reiterado la subsidiariedad de la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos fundamentales³. Igualmente, la Sentencia T-432 de 20024 señaló que el juez debe verificar si existen otros mecanismos de defensa encaminados a la protección del derecho presuntamente vulnerado. La providencia dijo: “Así las cosas, cuando el juez de tutela deba decidir en relación con la vulneración o amenaza de un derecho fundamental habrá de verificar si existe o no otro medio de defensa judicial ante el cual pueda ventilarse el conflicto.”

Y por último, la Sentencia T-514 de 20035 señaló:

“(i) que por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales para su defensa; (ii) que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo”⁶.

En estos términos, la Sentencia T-067 de 2006⁷ reiteró que la tutela procede, aún existiendo otros medios de defensa judicial, cuando se encuentre probado la inexistencia o ineficacia de los mecanismos de defensa ordinarios. Dijo en esta oportunidad que:

“... de acuerdo con su configuración constitucional, la acción de tutela es un mecanismo de carácter residual, subsidiario y cautelar, encaminado a la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas cuando quiera que los mismos se vean amenazados o conculcado. De este modo, la acción de tutela sólo procede ante la inexistencia o la ineficacia de otros mecanismos judiciales frente a la vulneración de los derechos fundamentales de las personas.”

Sin embargo, esta Corporación ha señalado que la existencia de otros medios de defensa

judicial, no es por sí misma razón suficiente para dar lugar a la declaratoria de improcedencia del amparo constitucional, ya que es necesario considerar (i) si dicho mecanismo es eficaz para restablecer el derecho y (ii) la necesidad de proteger el derecho de manera transitoria para evitar un perjuicio irremediable⁸.

Finalmente, también ha señalado que la viabilidad del amparo constitucional en tales eventos, debe ser evaluada por el funcionario judicial teniendo en cuenta el detrimento que con ello se genere a los derechos fundamentales, como por ejemplo, la especial protección a las personas de la tercera edad, a las madres y padres cabeza de familia, a los niños, niñas y adolescentes, y a los discapacitados.

De lo anterior se concluye que en principio, la competencia para resolver los conflictos que se susciten con ocasión de la expedición de un acto administrativo es de la jurisdicción contenciosa administrativa; sin embargo, en los casos que el accionante ha demostrado el perjuicio irremediable, y, más aun, siendo éste una persona de la tercera edad cobijada por una especial protección, procede el amparo como mecanismo definitivo.

1. Procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de prestaciones sociales incluida la pensión.

Respecto a la procedencia excepcional de la acción de tutela para ordenar el reconocimiento de prestaciones originadas del derecho a la seguridad social, como es el derecho a la pensión, no procede, en principio, dado el carácter subsidiario de dicha acción, de conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Constitución Política, y del artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social⁹, por tratarse de derechos litigiosos de naturaleza legal cuya competencia prevalente está a cargo de la justicia laboral o contenciosa administrativa.

Sin embargo, la jurisprudencia de esta Corporación¹⁰, ha admitido dos excepciones a la regla general de la improcedencia, así:

l) En primer lugar, en el evento en que el medio judicial previsto para este tipo de controversias no resulte idóneo ni eficaz para el caso concreto, la acción de tutela procederá

como mecanismo principal. La Corte para determinar esta situación, ha tenido en cuenta ciertos criterios valorativos.

Uno de estos criterios determinantes, se ha basado en el tema de la edad avanzada de las personas, pues un mecanismo ordinario resulta ineficaz si es probable que la persona no exista para el momento en que se adopte el fallo definitivo, teniendo en cuenta la demora en los procesos litigiosos.¹¹

II) En segundo lugar, este mecanismo procede en forma transitoria a pesar de la existencia de un medio judicial ordinario idóneo y eficaz, cuando es necesario para evitar un perjuicio irremediable.

En este caso, el derecho al reconocimiento de la pensión se torna fundamental y sobre él procede la tutela cuando en aquellos casos la omisión de pago o de reconocimiento del derecho prestacional, pone en riesgo o amenaza gravemente la vida en condiciones dignas de una persona. Para determinar la presencia de un perjuicio irremediable, la jurisprudencia constitucional ha utilizado criterios como 1) la edad del actor considerado sujeto a especial protección por ser persona de la tercera edad, 2) su estado de salud y el de su familia, 3) sus condiciones económicas¹², y 4) por último, que el peticionario haya desplegado alguna actividad judicial administrativa.¹³

Para que prospere lo anterior, esta Corporación ha reconocido que la informalidad de la acción de tutela no exonera al actor de probar, aunque sea de manera sumaria, los hechos en los que basa sus pretensiones¹⁴.

En resumen, la Corte ha reiterado que para proceder al reconocimiento, reajuste o pago de pensiones por vía de tutela, el juez constitucional debe tener en cuenta: i) que la falta de reconocimiento o reajuste de la pensión de jubilación o vejez se origine en actuaciones que, prima facie, desvirtúen la presunción de legalidad que recae sobre las actuaciones de la administración pública; ii) que se encuentre acreditado el cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios para que proceda el reconocimiento, pago o reajuste de la pensión o que, sin que ello se encuentre plenamente demostrada la reunión de los mismos, exista un alto grado de certeza respecto de la procedencia de la solicitud, iii) que la falta de

reconocimiento, reajuste o pago de la pensión vulnere o amenace un derecho fundamental y iv) que la acción de tutela resulte necesaria para evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable¹⁵.

Cabe de la misma manera resaltar, que esta Corporación ha considerado que no es posible imputar al administrado los errores administrativos de las entidades. En este sentido en casos excepcionales, cuando una persona que ha trabajado toda su vida para tener derecho relacionado a una pensión, ve obstruido su reconocimiento y pago por razones meramente burocráticas o por disputas interadministrativas cuyo origen y solución no dependen del titular del derecho, la tutela es el mecanismo idóneo y definitivo para su protección.

Esta Corporación reconoce que, cuando la administración por disputas internas, deja de reconocer y pagar el derecho a la pensión y de éste depende el mínimo vital o cualquier otro derecho fundamental de su titular, dicha acción resulta procedente.

Al respecto esta Corporación ha precisado, lo siguiente:

“En síntesis, la Corte ha entendido que el derecho a la seguridad social y en especial el derecho a la pensión de jubilación o vejez, en los términos definidos por la ley, constituye un derecho de aplicación inmediata en aquellos eventos en los cuales está destinado a suplir el mínimo vital básico de las personas de la tercera edad. Lo anterior, no sólo por su estrecha relación con el derecho al trabajo, sino porque en tratándose de personas cuya edad hace incierta una virtual vinculación laboral, su trasgresión compromete la dignidad de su titular, como quiera que depende de la pensión para satisfacer sus necesidades básicas.

Sostener lo contrario implicaría desconocer evidentes razones de justicia material que llevaron al constituyente a vincular al Estado con la garantía de la dignidad de quienes, al término de su vida laboral, luego de contribuir con su trabajo a la construcción de la riqueza

nacional, merecen de la sociedad, no sólo un justo reconocimiento sino una pensión equivalente a un porcentaje de su salario, para asegurar una vejez tranquila. Frente a este derecho, el Estado debe actuar con toda energía y prontitud, de manera tal que quienes han adquirido, en virtud de su edad y años de trabajo, una pensión de jubilación o vejez, no se vean, ni siquiera transitoriamente, desprotegidos frente a actos arbitrarios o negligentes del propio Estado o de los particulares que por ley estén obligados a asumir la prestación social”¹⁶.

En efecto, la Corte ha considerado que la incertidumbre generada por el hecho de no asumir las entidades el reconocimiento del derecho y posterior trámite de obligaciones pensionales ciertas e indiscutibles por razones administrativas, éstas no pueden ser trasladadas al titular del derecho. Menos aún, cuando la persona pertenece a la tercera edad y depende del reconocimiento y pago de la pensión reclamada para satisfacer el derecho a su mínimo vital.

Por tanto, se concluye que en las anteriores circunstancias y para evitar que el titular del derecho resulte puesto en una situación de indignidad y oprobio, debe operar el recurso jurídico que resulte más eficaz. En tal medida, la acción de tutela resulta procedente y su propósito no es otro, sino el de impedir la vulneración continuada del derecho fundamental al mínimo vital y evitar que la persona afectada y su familia sean sometidas a sufrimientos o privaciones desproporcionados e injustos.

1. El régimen de transición en materia pensional. Reiteración de la jurisprudencia.

El régimen de transición en materia de pensiones se encuentra regulado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, los Decretos Reglamentarios 813 de 1994, 1160 de 1994, 2143 de 1995, 2567 de 2000 y artículos 259 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo.

Sobre este régimen, la Corte ha dicho que tiene como fundamento el reconocimiento de los derechos adquiridos, en el tránsito de una legislación de seguridad social a otra, y por tanto, establece una excepción a la aplicación general del Sistema General de Seguridad Social.

Específicamente el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, permite a las personas pensionarse con el cumplimiento de los requisitos que prescribían las normas anteriores a esta disposición, a fin de no obstaculizar la posibilidad de adquirir la pensión, toda vez que la citada norma exige mayores requisitos para acceder a este derecho.

Igualmente la norma especifica tres categorías de trabajadores, así: la primera, los hombres que tuvieran más de cuarenta años; la segunda, las mujeres mayores de treinta y cinco; y por último, los hombres y mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados; requisitos que debían cumplir al 1º de abril de 1994, es decir, fecha de entrar en vigencia el nuevo sistema de pensiones.

Textualmente el artículo 36 de la ley 100 de 1993, dice:

“A partir de la fecha de vigencia de la presente ley y hasta el 31 de diciembre del año 2007, la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez, de las personas que el 1º de abril de 1994 tuviesen 35 años o más de edad si son mujeres o cuarenta años de edad o más si son hombres ó 15 años o más de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados a esa fecha. A partir del 1º de enero del 2008, a las personas que cumplan las condiciones establecidas en el presente inciso se les reconocerá la pensión con el requisito de edad del régimen anterior al cual se encontraban afiliados. Las demás condiciones y requisitos de pensión aplicables a estas personas serán los consagrados en el Sistema General de Pensiones (...)”.

Con el fin de resolver el problema jurídico que plantea este caso, es necesario comprender a cabalidad las normas que regulan la posibilidad de acumular tiempo de servicio a diferentes empleadores, públicos y privados, y cotizaciones hechas a cajas de previsión públicas o privadas o al Instituto de Seguro Social, para reunir el número de semanas necesarias con el fin de obtener la pensión de vejez, tanto antes como después de la ley 100 de 1993.

Antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, existieron varios regímenes en materia pensional. Solo nos referiremos a los de carácter general, aclarando que existen otros como el de los docentes oficiales, el de los congresistas, el de la rama judicial y el del ministerio público.

1. Régimen de los trabajadores particulares no afiliados al seguro social, a que se refería el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo. Se aplica a los trabajadores particulares que cuando el Instituto de Seguros Sociales asumió el seguro de invalidez, vejez y muerte no fueron inscritos en él. En este caso, la edad para pensión es de 50 años para las mujeres y 55 años para los hombres, y 20 años de servicios continuos o discontinuos al mismo empleador.

2. Régimen anterior del Seguro Social previsto en el Decreto 758 de 1990, que aprobó el Acuerdo 049 de 1990 expedido por la Junta Directiva del Seguro Social. Se aplica a los trabajadores particulares y los trabajadores oficiales que hayan sido afiliados al seguro social y hubieren cotizado para el sistema de invalidez, vejez y muerte de dicho instituto. En este caso, la edad para pensión es de 55 años para las mujeres y 60 años para los hombres. En cuanto al tiempo de servicios se debe acreditar un total de 1000 semanas de cotización en cualquier tiempo o 500 semanas entre los 40 y 60 años de edad para los hombres, y 40 semanas entre los 35 y los 55 años de edad para las mujeres.

3. Sector público previsto en la Ley 33 de 1985. Se aplica a los empleados públicos y trabajadores oficiales del nivel nacional y territorial que no tengan un régimen especial de pensión. Se tiene que la edad para la pensión tanto de los hombres como de las mujeres, se unificó en 55 años. Se debía acreditar 20 años de servicio en el sector público de manera continua o discontinua.

4. Las personas que con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no reunían los requisitos para pensionarse con base en la Ley 33 de 1985 o con el Decreto 758 de 1990, es decir, no tenían 20 años de servicio, en el primer caso; ni 500 semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales en los últimos 20 años al cumplimiento de la edad o 1000 semanas en cualquier tiempo, en el segundo caso, sumados los tiempos cotizados tanto en el sector público como en el privado se aplica la Ley 71 de 1988. En estas circunstancias, la edad para los hombres es de 60 años y para las mujeres es de 55 años y 20 años de servicios sumados los aportes en cualquier tiempo a entidades de previsión social de cualquier orden y las cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales.¹⁷

Esta situación fue descrita en la sentencia C-177 de 1998¹⁸, en cuya oportunidad la Corte

señaló:

“(…) antes de la Constitución de 1991 y de la Ley 100 de 1993, Colombia no contaba realmente con un sistema integral de pensiones, sino que coexistían múltiples regímenes, administrados por distintas entidades de seguridad social. Así, en el sector oficial, el reconocimiento y pago de las pensiones de los servidores públicos correspondía en general a la Caja Nacional de Previsión (CAJANAL) y a las cajas de las entidades territoriales, aun cuando también existían otras entidades oficiales encargadas de ese manejo para determinados sectores de empleados, como los miembros de la Fuerza Pública. Por su parte, inicialmente, el reconocimiento y pago de las pensiones de los trabajadores privados era responsabilidad directa de ciertos empresarios, ya que la jubilación, conforme a la legislación laboral, en especial al artículo 260 del Código del Trabajo y a las leyes 6 de 1945 y 65 de 1946, era una prestación especial únicamente para ciertos patronos, a saber para las empresas con capital mayor a ochocientos mil pesos. Igualmente, en algunos casos, y para determinados sectores económicos, la normatividad laboral admitió que se constituyeran cajas de previsión privadas, como CAXDAC. Finalmente, sólo a partir de 1967, el ISS empezó a asumir el reconocimiento y pago de pensiones de trabajadores privados.

Esas distintas entidades de seguridad social no sólo coexistían sino que prácticamente no había relaciones entre ellas. Así, en el sector privado, el ISS no tenía responsabilidades directas en relación con los trabajadores de aquellas empresas que reconocían directamente pensiones, ni con los empleados afiliados a las cajas previsionales privadas (...) en términos generales, había una suerte de paralelismo entre los distintos regímenes de seguridad social que, como esta Corte lo ha reconocido, era una de las principales causas de la ineficiencia en el sector y de la vulneración de los derechos de los trabajadores.

En tal contexto, una de las finalidades esenciales de la Ley 100 de 1993, en desarrollo de los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad que rigen la seguridad social (CP art. 48), fue superar esa desarticulación entre los distintos regímenes pensionales, que no sólo hacía más difícil el manejo general de esta prestación sino que se traducía en inequidades manifiestas para los trabajadores. Así, durante mucho tiempo fue imposible acumular semanas o tiempos de trabajo laborados frente a distintos patronos, con lo cual las posibilidades de muchos empleados de acceder a la pensión eran mínimas.

(...)

La Ley 100 de 1993 creó entonces un sistema integral y general de pensiones, que no sólo permite la acumulación de tiempos y semanas trabajadas, sino que genera relaciones recíprocas entre las distintas entidades administradoras de pensiones, todo con el fin no sólo de aumentar la eficiencia del manejo de seguridad social sino también de ampliar su cobertura hasta llegar a una verdadera universalidad. Por ello, de conformidad con el artículo 10 de esa ley, ese régimen se aplica a todos los habitantes, con las solas excepciones previstas por esa misma ley. Además se prevé que, a partir de la vigencia ley, y según lo establece el artículo 13, para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos. Y finalmente, como se vio, para corregir injusticias del pasado, se amplían las posibilidades de acumular semanas y períodos laborados antes de la vigencia de la ley” (subrayado fuera de texto).

Esta Corporación destacó que con la entrada en vigencia de la Ley 71 de 1988, las personas que habían sido servidores públicos, pero que también habían trabajado con empleadores privados, pudieron acumular los aportes a instituciones de previsión social oficiales hechos en razón del tiempo servido al Estado, con las cotizaciones al Instituto de los Seguros Sociales en virtud del tiempo trabajado con empresas particulares.

En esa oportunidad expresó:

“Es evidente, que a través del inciso 1° del artículo 7° de la ley 71 de 1988 se consagró para “los empleados oficiales y trabajadores” el derecho a la pensión de jubilación con 60 años o más de edad, si es varón, y 55 años o más de edad, si es mujer, cuando se acrediten aportes durante 20 años, a diferentes entidades de previsión social y al ISS. Pero con anterioridad, los regímenes jurídicos sobre pensiones no permitían obtener el derecho a la pensión de jubilación en las condiciones descritas en la norma; es decir, no era posible acumular el tiempo servido en entidades oficiales, afiliadas a instituciones de previsión social oficiales y a las cuales se habían hecho aportes, con el tiempo servido a patronos particulares, afiliados al Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, y al cual, igualmente se había aportado (...).”¹⁹

Sin embargo, seguía siendo imposible para estas personas acumular el tiempo trabajado con

el Estado, en virtud del cual no se había hecho cotización alguna, y los aportes entregados al ISS realizados con base en el tiempo laborado con un empleador privado.

Esta acumulación sólo fue posible con la ley 100 de 1993, que como se dijo, logró equilibrar los diferentes casos que se presentaban por la limitación en las posibilidades de acumular tiempo de servicio a diferentes empleadores, públicos y privados, y cotizaciones hechas a cajas de previsión públicas o privadas o al Instituto de Seguro Social, pues dificultaba de forma grave la adquisición de los requisitos de la pensión de vejez.

En efecto, el parágrafo 1 del artículo 33 de la ley 100 de 1993 prescribe que:

“Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta: (...) a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones; b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados; (...) En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional”.

Con ello tenemos entonces, que los requisitos generales de la pensión, es decir edad, tiempo para los sujetos del régimen de transición, se remiten al “régimen anterior.” Se debe precisar en términos generales, que no es posible la aplicación del régimen de transición, si no se tiene el tiempo mínimo de servicios o cotizaciones correspondientes al régimen anterior que se pretende aplicar, y analizar cada caso en particular.

Analizado lo anterior se concluye, que la protección otorgada por el régimen de transición se conecta de forma inescindible con el derecho a la pensión de vejez y, por esta vía, con el derecho fundamental a la seguridad social pues establece las condiciones para acceder al mismo en favor de algunas personas, con el fin de no vulnerar mediante ley posterior una expectativa legítima.

1. El principio de favorabilidad en la interpretación de normas laborales.

La Constitución en el artículo 58 garantiza la protección y reconocimiento de los derechos adquiridos, y en los artículos 53 de la Carta y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, señalan que las circunstancias que generen mayor favorabilidad a los individuos involucrados en una situación, conflicto o incertidumbre en la aplicación de normas del trabajo, la opción más protectora debe ser aplicada al trabajador.

Con fundamento en estos principios, la Corte ha manifestado que quienes a la fecha de vigencia de la Ley 100 de 1993, hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez de acuerdo a normas favorables anteriores, aun cuando no hubiesen efectuado el reconocimiento, tendrán derecho a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad que estaban vigentes al momento de cumplir tales requisitos.²⁰

Igualmente esta Corporación ha manifestado que en caso de duda, se hace imperativo que el funcionario judicial apoye la decisión más benéfica, en tal sentido que proteja al trabajador²¹.

En reiteradas oportunidades esta Corporación ha señalado que, un problema de interpretación existe cuando no hay duda sobre cuál sea la norma aplicable, pero la norma en cuestión admite más de una lectura, y se duda cual de estas se debe aplicar al caso concreto²². Cuando la discusión involucra los derechos de los trabajadores, por mandato constitucional, se debe seleccionar entre dos o más entendimientos posibles de una norma aquel que favorece al trabajador y no el que lo desfavorece o perjudica²³.

De conformidad con la jurisprudencia constitucional, el principio de favorabilidad tiene dos elementos: i) la noción de duda ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones y ii) la noción de interpretaciones concurrentes²⁴.

En relación al primer elemento, la Corte ha indicado que “la duda debe revestir un carácter de seriedad y objetividad” y que éstas características “dependen a su vez de la razonabilidad de las interpretaciones” y de su “fundamentación y solidez jurídica”²⁵.

En cuanto al segundo elemento, la Corte ha advertido que las interpretaciones que generan duda deben, además, “ser efectivamente concurrentes al caso bajo estudio, esto es, deben ser aplicables a los supuestos de hecho de las disposiciones normativas en juego y a las

situaciones fácticas concretas”²⁶.

Para concluir, la jurisprudencia constitucional ha reiterado²⁷, que la aplicación del principio constitucional de favorabilidad en la interpretación de las normas relacionadas con los requisitos para adquirir la pensión es obligatoria para las entidades del sistema de seguridad social, sean públicas o privadas; igualmente, para las autoridades judiciales, de forma tal que su omisión configura una vía de hecho que viola los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social.

1. Consideraciones sobre el caso concreto.

Respecto del caso en estudio, inicialmente se debe precisar si los derechos fundamentales presuntamente vulnerados son susceptibles de protección por medio de la acción de tutela. Posteriormente, en el caso de concluirse que resulta procedente el amparo se analizarán los siguientes puntos: 1) el régimen pensional aplicable al accionante y 2) cuál es la entidad competente en el reconocimiento de la pensión del actor.

1. Procedencia del amparo.

Para determinar si los derechos fundamentales presuntamente vulnerados son susceptibles de protección por tutela y para establecer la procedencia de dicha acción, se debe tener en cuenta lo siguiente:

El accionante, como fue expuesto en acápite anteriores, es una persona de la tercera edad (61 años)²⁸, no cuenta con una fuente de trabajo ni otro ingreso con el que pueda mantener sus gastos mínimos, por el contrario, ha adquirido una serie de deudas que a la fecha no a podido cancelar, motivos suficientes para demostrar que el accionante se encuentra en situación de debilidad que reclama para sí la previsión de medidas que garanticen una protección acorde con su actual situación.

De manera concreta, los derechos al mínimo vital y a una vida digna del actor se encuentran amenazados por el conflicto acaecido entre las entidades al no dilucidar a quién le

corresponde el reconocimiento y pago de la pensión reclamada. En este sentido, procedería la tutela para salvaguardar dichos derechos, a pesar de la existencia de otro instrumento diseñado para el efecto, cual es la demanda ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

2. Régimen aplicable al accionante y entidad competente para su reconocimiento

Para el análisis del caso, quedó demostrado dentro del proceso que el señor Félix Segundo Navarro Villanueva nació el 15 de abril de 1948, y que actualmente tiene 61 años. En igual forma, aporta certificaciones laborales expedidas por el Ministerio de Defensa Nacional, por el INDERENA, por el Instituto de Desarrollo Urbano, aportes al ISS por trabajos en empresas privadas en períodos interrumpidos, los cuales arrojan un total de 7.328 días cotizados.

El accionante elevó al FONCEP la solicitud para obtener el reconocimiento y pago de pensión de jubilación por aportes, de conformidad con lo establecido en la Ley 71 de 1988 y si Decreto Reglamentario 2709 de 1994.

A su vez, el FONCEP responde con la negativa de la pensión de jubilación, argumentando que el tiempo de servicio al Ministerio de Defensa Nacional y al INDERENA, no son computables para el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, fundamentando su decisión en los artículos 7 de la Ley 71 de 1988 y artículos 1, 5 y 10 de su Decreto Reglamentario 2709 de 1994.²⁹

Sostiene que:

“Que conforme a las normas transcritas anteriormente, se establece que para efectos del cómputo de tiempos para la pensión de jubilación por aportes no pueden tenerse en cuenta aquellos sobre los cuales no se hayan efectuados aportes a alguna Caja o Fondo de Previsión, razón por la cual los períodos laborados con el Ministerio de Defensa Nacional y el INDERENA, no pueden ser contabilizados para la pensión solicitada, por cuanto dichas entidades no efectuaron aportes para pensión a ninguna caja.”

La anterior decisión fue recurrida por el accionante, para lo cual el FONCEP al desatar el recurso, sostuvo que no son computables los tiempos laborados en el Ministerio de Defensa e INDERENA, toda vez que éstos no efectuaron aportes para pensión y por ello no se tienen en cuenta para el conteo de los tiempos tal y como lo dispone la norma:

“Que los aportes para pensión efectuados por el señor FÉLIX SEGUNDO NAVARRO VILLANUEVA, tanto en el sector público como privado, corresponden a 7.088 días, haciéndole falta 112 días para cumplir con el requisito de los 20 años (7.200 días) que impone la norma, por lo tanto no se puede acceder al reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes.”

Y concluyó que el FONCEP, en todo caso, no era la entidad competente para resolver la solicitud de pensión solicitada por el accionante. Esta entidad sostiene que negó la pensión de jubilación, por cuanto no aparecen cotizaciones ni del Ministerio de Defensa Nacional ni del INDERENA, hoy Ministerio del Medio Ambiente ante la Caja de Previsión Social, pues consideró que al no cumplirse el tiempo de cotización para el otorgamiento de la pensión, no se tenía el derecho a la misma.

Agrega igualmente, que el FONCEP no tiene competencia para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, que es la que aplica al accionante, por no ser administradora de pensiones de conformidad con lo previsto en los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, y la Caja de Previsión Social del Distrito Capital, existente cuando entró en vigencia el Sistema General de Pensiones en el Distrito, fue liquidada, y la actual, es decir el FONCEP, no administra el régimen de prima media, sino que es un fondo-cuenta destinado exclusivamente al pago de pensiones, razón por la cual éste no es competente bajo los parámetros de la Ley 100 de 1993.

Y por último, dentro del expediente consta remisión que hace el FONCEP de la solicitud de pensión No. 2008ER10255/2008010643 del 15 de agosto de 2008, al Instituto de Seguros Sociales por competencia, por ser esta la última entidad a la cual el accionante realizó aportes para pensión, y que además es la administradora de pensiones facultada para dar aplicación a la Ley 100 de 1993, de conformidad con las exigencias del su artículo 34, valga decir, 60 años de edad y 1000 semanas de cotización, que reúne el señor Félix Segundo Navarro.

Es de anotar, que al Instituto de Seguro Social se vinculó mediante Auto de 13 de agosto de 2009, sin embargo, la entidad no dio respuesta alguna, razón por la cual, esta Sala dará por cierto lo dicho durante el proceso. Es decir, que el reconocimiento y pago de la pensión aquí solicitada le corresponde a dicha entidad.

Ahora bien, teniendo en consideración tales hechos la Sala, y una vez analizado la historia

laboral del accionante, se tiene que el actor cumple con suficiencia los requisitos establecidos en el régimen de transición, en aplicación del principio de favorabilidad dentro de la figura del cómputo.

Así estamos frente a dos normas vigentes, una de rango legal, el artículo 40 de la ley 48 de 1993 que obliga tener en cuenta el cómputo de la prestación de servicio militar obligatorio para el reconocimiento de pensiones, y otra de rango reglamentario, que aparentemente lo niega. En particular, nos enfrentamos a una percepción que desconoce la viabilidad de la acumulación de aportes en el caso concreto, en vista de que esa figura no fue consagrada en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985.

En efecto, es menester tener en cuenta que el artículo 216 de la Constitución Política prevé no solo la obligatoriedad de la prestación del servicio militar, como se infiere de la facultad que dio al legislador para determinar causales de exención, sino el reconocimiento de beneficios a favor de quienes presten dicho servicio.³⁰

En desarrollo de este precepto constitucional, se expide la Ley 48 de 1993, por la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento y movilización, que señala los derechos, prerrogativas y estímulos durante la prestación del servicio y después de ello. Así, en su artículo 40 determina entre otros, lo siguiente:

“Al término de la prestación del servicio militar. Todo colombiano que haya prestado el servicio militar obligatorio, tendrá los siguientes derechos:

a. En las entidades del Estado de cualquier orden el tiempo de servicio militar le será computado para efectos de cesantía, pensión de jubilación de vejez y prima de antigüedad en los términos de la ley”

Aunque la norma entró en vigencia a partir de su publicación, considera la Sala que en virtud de la efectividad de los principios de favorabilidad e igualdad consagrados en la Constitución Política y la Ley Laboral, en el sentido que si al trabajador no se le liquidaron las prestaciones, y sin tener en cuenta la fecha en que éste prestó el servicio militar, se deben reconocer las prerrogativas de que trata el artículo citado de la Ley 48 de 1993, ya que la

norma es clara al establecer estos privilegios para todos los colombianos sin excepción alguna.

En este sentido mediante oficio del 27 de enero de 2009, el Ministerio de Defensa en respuesta al Juez de Tutela, reconoce estas prerrogativas al acoger un concepto de la Sala Civil del Consejo de Estado, en el cual determinó que es válido el cómputo de tiempo para pensiones en el Sistema General, con lo cual acepta las cuotas partes pensionales por servicio militar obligatorio, independientemente del régimen pensional aplicable.

Y manifiesta: “No obstante lo anterior, es necesario que la entidad que va a reconocer la pensión consulte la cuota parte pensional en los términos previstos en las leyes 33 de 1985, 71 de 1988, 100 de 1993 y 797 de 2003, anexando los documentos soportes tales como proyecto de resolución, documento de identidad, registro civil, historia laboral, ingreso base de liquidación y certificados laborales. (...) A la fecha y una vez verificadas las bases de datos no aparece registrada consulta alguna por concepto de cuota parte a favor del accionante.”

Así las cosas, se requiere para el reconocimiento de la pensión que se acredite la prestación de 20 años de servicios continuos o discontinuos y la edad de 55 años, tanto para hombres como para mujeres. En seguimiento de lo expuesto, se entenderá que el periodo de servicios puede computarse con el tiempo efectivamente cotizado al Instituto de Seguro Social. Por tanto, en vista de que la Resolución 1133 de 28 de julio de 2008, última expedida en el trámite pensional, informa a esta Sala de un periodo de servicios equivalente a 19 años, 1 mes y 3 días, que sumado el lapso cotizado al Instituto de Desarrollo Urbano y al Instituto de Seguro Social arroja un total de 20 años, 4 meses y 7 días, se concluye que el actor excede el tiempo exigido en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, lo que aunado al hecho de que tiene 61 años, conlleva a la aprobación de su solicitud pensional con fundamento en dicha ley.

El accionante es beneficiario del régimen de transición, pues a fecha del 15 de abril de 1994 tenía 46 años de edad³², y 1.016 semanas cotizadas, lo cual supera el mínimo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y permite, de esta forma, que el Instituto de Seguro Social acceda a su reconocimiento pensional con base en un régimen anterior a su vigencia. Es decir, la Sala observa que es el Seguro Social el encargado del trámite del reconocimiento de la pensión, y es quien, además, debe tramitar y exigir ante las otras entidades en donde laboró el actor, las cuotas partes correspondientes.

Con base en lo anterior, esta Sala de Revisión revocará el fallo proferido por el Juzgado Dieciocho Civil del Circuito de Bogotá en el proceso de tutela iniciado por Félix Segundo Navarro Villanueva contra el FONCEP, en el sentido de acceder, de manera definitiva, a la solicitud de amparo de los derechos a la seguridad social.

1. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO: LEVANTAR la suspensión de términos para fallar el presente asunto, decretada por la Sala en auto del 13 de agosto de 2009.

SEGUNDO: REVOCAR el fallo del 10 de marzo de 2009, proferido por el Juzgado Dieciocho Civil del Circuito de Bogotá, y en consecuencia, CONCEDER el amparo definitivo del derecho a la seguridad social y al mínimo vital invocado por el señor Félix Segundo Navarro Villanueva.

TERCERO: ORDENAR al Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones “FONCEP” para que, en el término de las veinticuatro (24) horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a remitir el expediente y toda la información pertinente al reconocimiento de la pensión del señor Félix Segundo Navarro Villanueva, al Instituto de Seguros Sociales, a fin de realizar el trámite respectivo a la pensión de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de este fallo.

CUARTO: En consecuencia, ORDENAR al presidente del Instituto de Seguros Sociales, o quien haga sus veces, que en el término máximo de cuarenta y ocho (48) horas a partir de la notificación de la presente providencia, reconozca la pensión de vejez a que tiene derecho el señor Félix Segundo Navarro Villanueva, y proceda a liquidarla y pagarla, desde el tiempo en que adquirió el derecho, incluyendo las semanas por él trabajadas en el Ministerio de Defensa Nacional y el Inderena, frente al cual el ISS procederá como corresponda.

QUINTO: Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación prevista por el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, cópiese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Ver entre otras, sentencias T- 771 de 2004 MP. Rodrigo Uprimy Yepes (e) y T-600 de 2002 MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

2 MP. Alfredo Beltrán Sierra

3 Ver, entre otras, las sentencias T-965 de 2004 MP. Humberto Sierra Porto; T-408 de 2002 MP. Clara Inés Vargas; T-432 de 2002 MP. Jaime Córdoba Triviño y SU-646 de 1999 MP. Antonio Barrera Carbonel.

4 MP. Jaime Córdoba Triviño

5 MP. Eduardo Montealegre Lynett.

6 Ver también sentencias T-596 de 2001 MP. Álvaro Tafur Galvis; T-754 de 2001 MP. Manuel

José Cepeda Espinosa; T-873 de 2001 MP. Jaime Araujo Rentería; C-426 de 2002 MP. Rodrigo Escobar Gil; T-418 de 2003 MP. Alfredo Beltrán Sierra y T-199 de 2008 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, entre otras.

7 MP. Rodrigo Escobar Gil

8 Sentencia T-467 de 2006 MP. Manuel José Cepeda.

9 ARTICULO 2o. COMPETENCIA GENERAL. <Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 712 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades, laboral y de seguridad social conoce de: (...) 4. Las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan.

10 Sentencias T-762-08 MP. Jaime Araujo Rentería; T-286-08, T-239-08, T-052-08, T-691A-07, T-376-07, T-284-07, T-529-07, T-149-07, T-229-06, entre otras.

11 Sentencias T-239-08, T-284-07, T-149-07 y T-229-06.

12 Sentencia T-762-08 mp. Jaime Araujo Rentería ; T-376-07 MP. Jaime Araujo Rentería ; T-607-07 MP. Nilson Pinilla Pinilla; T-652-07 MP. Nilson Pinilla Pinilla ; T-529-07 MP. Álvaro Tafur Galvis; T-935-06 MP. Clara Inés Vargas Hernández y T-229-06 MP. Jaime Córdoba Triviño, entre otras.

13 Ibídem.

14 En sentencia SU-995 de 1999 MP. Carlos Gaviria Díaz, la Corte señaló que “(...) en esta clase de procesos preferentes y sumarios, el régimen probatorio está orientado por las facultades excepcionales que confiere el Decreto 2591 de 1991 al juez de amparo, especialmente en los artículos 18, 20, 21 y 22. Además, en la aplicación de las reglas de la sana crítica, debe partir el fallador del principio de la buena fe, constitucionalizado en el artículo 83 de la Carta de 1991.” En el mismo sentido, ver las sentencias T-174-08, T-286-08, T-284-07, T-307-07 y T-1088 de 2000, entre otras.

15 Sentencia T-634 del 26 de junio de 2008 MP. Mauricio González.

16 Sentencia T-634 del 26 de junio de 2008 MP. Mauricio González

17 Sobre el particular se puede consultar la obra “ El derecho colombiano a la seguridad social”, Gerardo Arenas Monsalve, Editorial Legis, 2da edición.

18 MP. Alejandro Martínez Caballero.

19 Sentencia C-012 de 1994 MP. Antonio Barrera Carbonell.

20 Ver Sentencia SU- 1354 de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

22 Sentencia T-248-08, T-154-08, T-529-07, T-158-06, T-871-05 y T-545-04, entre otras.

23 Sentencia T-545-04.

24 Sentencias T-248-08, T-545-04 y T-871 de 2005.

25 Sentencia T-871-05.

26 Sentencia T-248-08.

27 Sentencia T-158-06, T-871-05 y T-545-04.

28 De acuerdo con el artículo 7° de la Ley 1276 de 2009 adulto mayor es “aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más”.

29 Artículo 7 Ley 71 de 1988, reglamentado por el artículo 1º del Decreto 2709 de 1994, establece: “La pensión a que se refiere el artículo 7 de la ley 71 de 1988, se denomina pensión de jubilación por aportes. Tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes quienes al cumplir 60 años o más de edad si es varón, o 55 años o más si es mujer, acrediten en cualquier tiempo, 20 años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el Instituto de Seguros Sociales y en una o varias de las entidades de previsión social del sector público.” - Artículo 5 del Decreto 2709 de 1994, establece: “tiempo de servicios no computables. No se computará como tiempo para adquirir el tiempo a la pensión de jubilación por aportes, el laborado en empresas privadas no afiliadas al Instituto de Seguros Sociales para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, ni el laborado en entidades oficiales de todos los órdenes cuyos empleados no aporten al sistema de seguridad social que los

protege.” – Artículo 10 del Decreto 2709 de 1994 “La pensión de jubilación por aportes será reconocida y pagada por la última entidad de previsión a la que se efectuaron los aportes, siempre y cuando el tiempo de aportación continuo o discontinuo en ellas haya sido mínimo de seis (6) años. En caso contrario, la pensión de jubilación por aportes será reconocida y pagada por la entidad de previsión a la cual se haya efectuado el mayor tiempo de aportes.”

30 Antes de elevar a rango constitucional las garantías por la prestación del servicio militar, el artículo 46 de la Ley 2ª de 1945, por el cual se dictaron disposiciones sobre prestaciones sociales a las tropas, estableció liquidar el tiempo de servicio “a partir de la fecha de ingreso al Ejército, en cualquier grado, inclusive como soldado”.

31 Sentencias T-174 de 2008 MP. y T-090 de 2009 MP.

32 Fecha de nacimiento: 15 de enero de 1949